



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 115-2019-CD/OSIPTEL

Lima, 05 SET. 2019

EXPEDIENTE N°	:	040-2015-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución N° 139-2019-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTOS:

- El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución N° 139-2019-GG/OSIPTEL, mediante la cual se declaró FUNDADO EN PARTE el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 310-2017-GG/OSIPTEL, y por tanto, se varió la multa a doscientas treinta y seis con 80/100 (236.8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), al haber incurrido en la infracción tipificada como muy grave en el artículo 4 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso), en tanto incumplió con lo estipulado en el segundo párrafo del artículo 11 de la referida norma.
- (i) El Informe N° 189-GAL/2019 del 26 de agosto de 2019, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación, y
- (ii) El Expediente N° 040-2015-GG-GFS/PAS y el Expediente de Supervisión N° 415-2014-GG-GFS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante carta N° 1321-GFS/2015, notificada el 13 de julio de 2015, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización¹ (en adelante, GSF) comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), al advertirse el incumplimiento del segundo y tercer párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso.
- 1.1. Mediante Resolución N° 310-2017-GG/OSIPTEL² del 21 de diciembre de 2017, la Primera Instancia archivó el extremo correspondiente al tercer párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso y, sancionó a AMÉRICA MÓVIL con una multa de doscientos treinta y nueve (239) UIT en virtud del segundo párrafo de la disposición antes indicada.
- 1.2. El 17 de enero de 2018, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 310-2017-GG/OSIPTEL; el cual fue ampliado mediante comunicación de fecha 19 de enero de 2018.

¹ Antes Gerencia de Fiscalización y Supervisión, actual Gerencia de Supervisión y Fiscalización, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 045-2017-PCM de fecha 14 de abril de 2017, que modifica el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL).

² Notificada el 22 de diciembre de 2017, a través de carta N° 628-GCC/2017



- 1.3. Mediante Resolución N° 139-2019-GG/OSIPTTEL³, del 1 de julio de 2019, la Gerencia General declaró fundado en parte el Recurso de Reconsideración, variando la multa impuesta por el incumplimiento del segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso, de doscientos treinta y nueve con 00/100 (239) UIT a doscientos treinta y seis con 80/100 (236.8) UIT.
- 1.4. Con fecha 23 de julio de 2019, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 139-2019-GG/OSIPTTEL. Posteriormente, el 12 de agosto de 2019, amplió sus argumentos.
- 1.8. Mediante Informe N° 190-GAL/2019 del 26 de agosto de 2019, el Gerente de Asesoría Legal solicitó al Presidente del Consejo Directivo, su abstención en la tramitación de dicho Recurso de Apelación.
- 1.9. A través del Memorando N° 045-PD/2019 del 27 de agosto de 2019, el Presidente del Consejo Directivo aceptó la solicitud de abstención y designó a la señorita Rocío Andrea Obregón Angeles, Abogada Coordinadora de la Gerencia de Asesoría Legal, para que brinde asesoría al Consejo Directivo en atención del Recurso de Apelación contra la Resolución N° 139-2019-GG/OSIPTTEL.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 218.2 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁴ (en adelante, TUO de la LPAG), así como en el artículo 27 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias (en adelante, RFIS), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las mencionadas disposiciones.

III. ANALISIS DEL RECURSO:

Sobre los argumentos señalados por AMÉRICA MÓVIL en su Recurso de Apelación, este Colegiado considera lo siguiente:

5.1. Respeto de la presunta vulneración del Principio de Non Bis In Ídem.-

AMÉRICA MÓVIL afirma que no se habría respetado el Principio del Non Bis In Ídem dado que se le estaría sancionando nuevamente por incumplir con el procedimiento de verificación de identidad para la contratación de líneas móviles prepago, previsto en el segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso, a pesar de que dicha obligación ya fue imputada y sancionada en el PAS seguido en el Expediente N° 026-2015-GG-GFS/PAS.

Al respecto, AMÉRICA MÓVIL agrega que en el PAS anterior se analizó incumplimientos comprendidos entre enero y setiembre de 2014 y, entre agosto de 2012 y mayo de 2015, siendo que el procedimiento materia de evaluación, analizó acciones de supervisión llevadas a cabo entre noviembre de 2014 y mayo de 2015.



³ Notificada el 2 de julio de 2019, a través de carta N° 307-GCC/2019

⁴ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2019.



Finalmente, AMÉRICA MÓVIL argumenta que en el presente caso se observa el cumplimiento de la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento; por lo cual resulta aplicable el Principio de Non Bis In Ídem.

Del numeral 11 del artículo 246 del TUO de la LPAG se observa que el *non bis in idem* constituye la garantía a favor del administrado que por un mismo hecho no podrá ser sancionado dos veces (dimensión material), ni podrá ser objeto de dos procesos distintos (dimensión procesal), operando como un límite a la acción persecutoria y sancionadora propia del Estado de modo que tenga una sola oportunidad para ejercer su ius puniendi.

Sin embargo, así como el referido principio proscribela duplicidad sucesiva o simultánea de imputaciones, procesamientos y sanciones por parte del Estado, también establece un requisito primordial para darse la exclusión de la segunda sanción, y es que entre la primera y segunda pretensión punitiva deba apreciarse una triple identidad de “sujeto, hecho y fundamento”, dado que si no apareciera alguno de estos elementos comunes, sí sería posible jurídicamente llevar a cabo más de una acción persecutoria en contra del administrado.

Ahora bien, a efectos de determinar si se observa la Triple Identidad en el presente caso, es preciso analizar cada uno de los puntos. Así, en relación a la identidad de sujeto y a la identidad de fundamento, coincidimos con la empresa operadora, en tanto el PAS materia de análisis y el seguido en el Expediente N° 026-2015-GG-GFS/PAS se iniciaron contra AMÉRICA MÓVIL en virtud del incumplimiento a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso, es decir, en relación al mismo administrado y en relación a la misma disposición normativa.

Sin embargo, en lo correspondiente a la identidad de hechos, es pertinente hacer referencia a lo citado por la empresa operadora, esto es, a la necesidad de que exista coincidencia total en los hechos materia de imputación en los procedimientos evaluados.

Siendo así, se tiene que el presente PAS se sustentó en incumplimientos detectados mediante acciones de supervisión efectuadas bajo la modalidad de “supervisión encubierta”, en tanto que el procedimiento seguido en el Expediente N° 026-2015-GG-GFS/PAS, se basó en casos reales a partir de los cuales se detectó la activación de una gran cantidad de líneas móviles sin seguir el procedimiento previo para la verificación de identidad del contratante, ni consignar sus datos personales en el registro de abonado.

En ese sentido, es claro que aun cuando los casos evaluados en los PAS antes indicados se hayan observado durante el mismo periodo (entre noviembre de 2014 y mayo de 2015), las líneas activadas en el marco del presente procedimiento se encontraban bajo la titularidad de los supervisores que llevaron a cabo las acciones de supervisión; mientras que en el PAS anterior, las líneas fueron activadas a nombre de otra usuaria.

Sobre la base de lo expuesto, se verifica que los hechos referidos resultan disímiles y, en ese sentido, al no cumplirse con la identidad de hecho, no se presenta la triple identidad requerida para invocar la aplicación del non bis in ídem, por lo que los argumentos presentados por AMÉRICA MÓVIL quedan desvirtuados.



5.2. Respeto de la presunta vulneración de los Principios de Legalidad, Tipicidad y Retroactividad.-

AMÉRICA MÓVIL indica que las obligaciones previstas en el segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso fueron expresamente modificadas, por lo que ya no resultaban aplicables a la contratación de los servicios móviles prepago desde el pasado 5 de junio de 2015 que entró en vigencia la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL, la cual estableció un nuevo procedimiento tecnológico de verificación de identidad del solicitante del servicio prepago, el cual permitiría una mejor identificación de los abonados.

Al respecto, AMÉRICA MÓVIL agrega que si bien permanece en el tiempo la obligación de verificar la identidad y registrar los datos del abonado de modo previo a la activación de la línea móvil prepago, lo cierto es que se habría sustituido lo dispuesto en el artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso con nuevas reglas aplicables para la contratación de líneas móviles prepago contenidas en los artículos 11-A y 11-C de la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL.

Por lo expuesto, AMÉRICA MÓVIL afirma que la Resolución N° 310-2017-GG/OSIPTEL dispuso la imposición de una sanción por el incumplimiento de una norma derogada, con lo cual se habrían vulnerado los Principios de Legalidad, Tipicidad y Retroactividad Benigna.

En principio, es pertinente señalar que la sanción impugnada fue impuesta por el incumplimiento del procedimiento previsto para la activación de líneas contemplada en el segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso, consistente en la verificación de identidad que brinde el abonado.

Dicho procedimiento, de cumplimiento obligatorio para las empresas operadoras, se encontró vigente hasta el 4 de junio de 2015, siendo sustituido por otro en el cual también se exige la verificación de identidad del abonado, pero esta vez utilizando otro mecanismo (verificación biométrica).

Si bien la empresa operadora interpreta que al sustituirse el procedimiento de verificación de identidad previo a la contratación de líneas móviles, las obligaciones a su cargo adquiridas durante la vigencia del procedimiento anterior desaparecerían, lo cierto es que hasta antes de la modificación, es decir, hasta el 4 de junio de 2015 (periodo dentro del cual AMÉRICA MÓVIL activó las líneas prepago materia de imputación), las empresas operadoras debieron verificar la identidad y registrar los datos del abonado a partir de la copia de su documento de identidad y conservar dicho documento a efectos de acreditar el cumplimiento del procedimiento.

Es decir, aunque los procedimientos de verificación de identidad fueron modificados, lo que ha permanecido en el tiempo es la obligación de las empresas operadoras de efectuar dicha validación de manera previa a la activación de las líneas móviles prepago.

Por tanto, en el presente caso, la imputación y posterior sanción a AMÉRICA MÓVIL están referidas al incumplimiento del procedimiento de verificación de identidad y registro de datos del abonado, que debió seguir la empresa operadora para la activación de las líneas móviles prepago, conforme lo establecía el segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso vigente hasta el 4 de junio de 2015.



Con lo cual, la sanción impuesta a AMÉRICA MÓVIL no vulnera el Principio de Legalidad, en la medida que se refiere al incumplimiento de una norma vigente, que contiene una obligación cuya inobservancia se mantiene calificada como infracción pasible de ser sancionada.

Ahora bien, sobre el Principio de Tipicidad, se tiene que el artículo 248 del TUO de la LPAG señala que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

Frente a ello, corresponde reiterar que el incumplimiento de la obligación de verificar la identidad y registrar los datos del abonado de modo previo a la activación de la línea móvil prepago prevista en el segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso se encontró tipificado durante el periodo de supervisión (de noviembre 2014 a mayo 2015) y así ha permanecido en el tiempo pese a que el mecanismo de verificación de identidad fue modificado mediante la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL.

En tal sentido, la conducta imputada a AMÉRICA MÓVIL y la sanción impuesta, cumplen con el Principio de Tipicidad establecido en el artículo 248 del TUO de la LPAG en la medida que la conducta se encuentra prevista como infracción muy grave al momento en que se cometieron los hechos.

Por otra parte, en lo correspondiente al Principio de Irretroactividad, si luego de la comisión de un ilícito administrativo según la ley preexistente, se produce una modificación legislativa, y la nueva ley es más favorable para el administrado, no corresponde determinar en tal virtud la sustracción de la materia como indica AMÉRICA MÓVIL en sus descargos, sino se debe aplicar la nueva norma al caso evaluado, aun cuando esta última no haya estado vigente al momento de la comisión del hecho ilícito, o al momento de su calificación por la Autoridad Administrativa.

En tal sentido, considerando que es materia de análisis una infracción cometida durante la vigencia de una norma (TUO de las Condiciones de Uso), luego de lo cual, y estando pendiente la emisión del acto administrativo que resuelve el PAS en primera instancia administrativa, se produce una modificación normativa (Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL), corresponde analizar si resultaría aplicable el Principio de Retroactividad Benigna a los hechos que son materia del presente PAS.

Sobre el particular, ante la eventualidad de analizar si la nueva norma es más favorable para el administrado que la anterior, la apreciación de dicha condición debe efectuarse desde una consideración integral; esto es, en bloque, sin fraccionamientos, en caso las nuevas disposiciones contengan partes favorables y desfavorables.

Ahora bien, a partir del análisis efectuado respecto del comparativo general de obligaciones e infracciones de la norma imputada y la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL, este Colegiado concluye que -aplicando una evaluación integral- el conjunto de las disposiciones sancionadoras contenidas en la nueva regulación para la contratación de líneas móviles prepago establecido mediante Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL, no resulta ser más beneficioso en relación a las obligaciones vinculadas al segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso; no correspondiendo por ende la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna.

Por las consideraciones expuestas, quedan desvirtuados los descargos expresados por la empresa operadora en relación a este extremo.



5.3. Respeto de los PAS tramitados en paralelo por parte de la GSF.-

AMÉRICA MÓVIL afirma que la GSF tramitó dos (2) procedimientos sancionadores en paralelo sin considerar que la obligación materia de imputación en ambos procedimientos fue la misma. Al respecto, la empresa operadora agrega que lo que habría correspondido es que el órgano instructor amplíe los hechos del procedimiento seguido en el Expediente N° 026-2015-GG-GFS/PAS, más aun cuando a la fecha de inicio del presente PAS, el anterior aún no había sido resuelto.

AMÉRICA MÓVIL argumenta que la decisión adoptada por la GSF, no solo materializó un evidente exceso de punición, sino también una flagrante vulneración a los Principios de Ejercicio Legítimo del Poder e Interdicción de la Arbitrariedad, dado que se estarían imponiendo multas exorbitantes por una misma obligación que además- a la fecha- ya estaría derogada y, porque no existiría justificación suficiente para que la GSF haya tramitado en paralelo dos (2) procedimientos por la misma infracción.

En relación a lo argumentado por AMÉRICA MÓVIL, primero es importante indicar que el Principio de Ejercicio Legítimo del Poder busca evitar escenarios en los que mediante el ejercicio de la actividad administrativa se busque la satisfacción de un interés privado o una finalidad que si bien es de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la ley al otorgarle sus facultades y potestades.

De otro lado, se debe tomar en cuenta que el exceso de sanción implica un vicio en la finalidad del acto sancionador, configurado por la ausencia de proporcionalidad entre su objeto (el contenido material de la sanción administrativa, de su valoración o de la tipificación realizada) y su finalidad (el propósito que resulta de las normas que habilitan la competencia sancionadora), en relación con la conducta efectivamente incurrida.

Tomando los dos (2) conceptos antes señalados como premisa, se tiene que la tramitación de dos (2) procedimientos similares, no suponen – per se- un exceso de punición ni un uso ilegítimo del poder, toda vez que i) el OSIPTEL se encuentra facultado por la Ley N° 27336 para supervisar e imponer sanciones (cuando corresponda) y, ii) el inicio de un PAS no implica la conclusión ineludible en la imposición de una sanción por parte de la administración.

Pese a ello, corresponde incidir en que el trámite del presente procedimiento tanto en instrucción como en la Primera Instancia, se llevó a cabo garantizando el debido procedimiento, el derecho de defensa de la empresa operadora.

Ahora bien, en virtud del argumento presentado por AMÉRICA MÓVIL, es preciso acotar que la figura jurídica de la ampliación no resultaba viable dado que ella habría afectado innecesariamente la celeridad del PAS seguido en el Expediente N° 026-2015-GG-GFS/PAS, debido al volumen de información incluida en este procedimiento y la complejidad del análisis de la obligación verificada, todo lo cual habría retrasado la emisión de la resolución correspondiente por un amplio periodo.

A mayor abundamiento, corresponde reiterar que mientras el Expediente N° 026-2015-GG-GFS/PAS evaluó casos reales, para el presente PAS se efectuaron acciones de supervisión encubiertas que devinieron en el análisis de ciento veinte (120) actas de supervisión junto con sus respectivos anexos, a fin de determinar el cumplimiento del segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso, con lo cual se evidencia lo contingente que resultaba el trámite unificado de los procedimientos referidos por AMÉRICA MÓVIL.



En ese sentido, la decisión de no ampliar el procedimiento administrativo sancionador se sustentó en los argumentos antes descritos, con lo cual no resulta certero que ello no se encuentre justificado, dado que – como se ha evidenciado- si se cuenta con fundamento fáctico y legal.

Finalmente, es preciso acotar que el presente PAS se han evaluado los incumplimientos detectados durante la etapa de supervisión, los mismos que implicaron la activación de líneas móviles pre pago entre noviembre de 2014 y mayo de 2015 y, respecto de ellos se ha analizado todos los criterios establecidos por la normativa vigente para la graduación de las sanciones administrativas, por lo que se puede afirmar que la multa impuesta por la Gerencia General se enmarcó en el Principio de Razonabilidad.

Por lo expuesto, quedan desvirtuados los argumentos presentados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo, dado que en ninguna etapa del PAS se vulneraron los Principios de Ejercicio Legítimo del Poder e Interdicción de la Arbitrariedad.

5.4. Respeto de la presunta vulneración del Principio de Razonabilidad.-

AMÉRICA MÓVIL refiere que el inicio del presente PAS no debió sustentarse en un mero razonamiento mecánico de aplicación de normas sin considerar los hechos en abstracto, más aun cuando el caso particular no superaría el Test de Razonabilidad.

En principio, es preciso resaltar que el inicio de un PAS no necesariamente supone la conclusión inevitable de la imposición de una multa, sin embargo, de ser el caso, la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada de las Telecomunicaciones (en adelante, LDFF), en su artículo 30 y el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG, también contienen los criterios a considerar para la imposición y graduación de la misma, dentro de los cuales se encuentra la razonabilidad y proporcionalidad.

Sin perjuicio de ello, en lo referente a la decisión de iniciar un procedimiento sancionador, es decir, en el primer momento en el que se opta por la medida que contrarrestará el comportamiento infractor del administrado, es necesario que la decisión que se adopte también cumpla con los parámetros del Test de Razonabilidad, lo que conlleva la observancia de sus tres (3) dimensiones: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad.

Respecto al juicio de adecuación, es importante precisar que la verificación de la identidad del usuario de una línea móvil prepago al momento de su contratación, permite evitar la realización de fraudes por suplantación de identidades y asegurar que las líneas a su nombre sean aquellas que realmente fueron contratadas por ellos; siendo así, no observar lo establecido por el TUO de las Condiciones de Uso, vulnera la seguridad jurídica de las contrataciones comerciales y facilita comportamientos que podrían atentar contra la seguridad ciudadana.

A partir de lo indicado, el inicio de un PAS frente a los incumplimientos detectados entre noviembre de 2014 y mayo de 2015, resultaba una medida adecuada considerando la relevancia de la obligación supervisada.

En relación al juicio de necesidad, se observa que era necesario iniciar un PAS frente a los incumplimientos observados, más aun cuando de manera previa al periodo supervisado, esto es, entre el 2012 y el 2014, el OSIPTEL ya había impuesto dos (2)



multas en relación a procedimientos administrativos sancionadores previos y, once (11) multas en virtud de medidas coercitivas, todas relacionadas a la obligación de no seguir el procedimiento de validación de identidad para la contratación de líneas móviles prepago.

No obstante, pese a la labor fiscalizadora de este organismo regulador, AMÉRICA MÓVIL no presentó un cambio en su comportamiento, dirigido a garantizar que las contrataciones de líneas prepago se realicen en el marco de la legalidad.

En ese sentido, al supervisarse el segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso y verificarse que la empresa operadora no seguía el procedimiento de validación de identidad establecido por la norma vigente a ese momento, se consideró que el inicio de un PAS constituía una medida adecuada pero además, necesaria.

Por último, en virtud al juicio de proporcionalidad, se advierte que se cumple en el inicio del presente PAS, toda vez que se busca compensar el bien jurídico tutelado, más aun cuando los incumplimientos abordados en el presente PAS ya han dado lugar tanto a multas anteriores sin que a la fecha AMÉRICA MÓVIL modifique su comportamiento.

Por lo expuesto, la medida adoptada –inicio del PAS- satisface el Principio de Razonabilidad quedando desvirtuados los argumentos expuestos por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

5.5. Respetto de la incorrecta graduación de la multa impuesta.-

Sobre el beneficio ilícito, la empresa operadora señala que no se habría evitado ningún costo, toda vez que el "mecanismo idóneo" para la verificación de identidad y registro de datos personales de los contratantes de los servicios públicos móviles prepago, se encuentra vigente recién desde el 5 de junio de 2015.

En esa línea, AMÉRICA MÓVIL indica que la sanción impuesta habría sido determinada considerando meras conjeturas sobre la existencia de un costo evitado, motivo por el cual solicita que en virtud a los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad, se reduzca la multa administrativa al monto mínimo fijado para las infracciones calificadas como graves, conforme al criterio expuesto en la Resolución N° 060-2018-CD/OSIPTTEL.

Al respecto, se tiene que para la motivación de la cuantificación de la multa por parte de la Gerencia General, se observó la existencia de un costo evitado -es decir, de un gasto en el que debió incurrir la empresa operadora para evitar la comisión de la infracción- al no haber implementado un mecanismo idóneo -como proceso o medio adecuado para una finalidad- que le hubiese permitido verificar la identidad y registrar los datos personales de los contratantes de los servicios móviles prepago de manera previa a la activación del servicio, conforme a lo ordenado por la norma indicada.

Al respecto, vale reiterar lo señalado en la Resolución N° 139-2019-GG/OSIPTTEL, esto es que la Gerencia General en ningún momento hace referencia a la implementación de un mecanismo en particular, menos aún se ha referido al Sistema de Verificación de Identidad del solicitante previsto en el Decreto Supremo N° 023-2014-MTC, y en la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTTEL, el mismo que entró en vigencia de manera posterior a las acciones de supervisión efectuadas por la GSF que dieron lugar al presente PAS.



En ese sentido, corresponde señalar que el cálculo del beneficio ilícito no se dio a partir de suposiciones o conjeturas sino más bien a partir de montos objetivos y comprobables.

Sobre la probabilidad de detección, AMERICA MÓVIL indica que debería ser considerada alta, toda vez que resultaría ilegal que se le traslade un supuesto grado de dificultad para advertir la comisión de una infracción, dado que la obligación materia del PAS ha sido continua y permanentemente verificada desde que se encontró vigente el procedimiento de contratación de líneas móviles prepago.

Respecto a ello, cabe indicar que dada la naturaleza de la conducta infractora analizada, la probabilidad de detección de la misma es baja en razón que su verificación depende de la ejecución de acciones de supervisión por parte del OSIPTEL, existiendo un alto grado de dificultad que estas acciones abarquen al total de líneas móviles que contrata AMÉRICA MÓVIL debido al elevado número de contrataciones de líneas móviles que se ejecuta a nivel nacional.

Así, tomando en cuenta que – en general- la graduación de una sanción se fundamenta en los hechos y circunstancias en los que se observó el incumplimiento, aquellos criterios para los que no se cuente con evidencia cuantificable, no son considerados en la determinación de la multa, tal como se advirtió para los criterios indicados por AMÉRICA MÓVIL; no obstante, ello no le resta sustento ni objetividad al cálculo efectuado por Gerencia General.

En virtud de todo lo expuesto, se advierte que la multa ordenada por la Resolución N° 310-2017-GG/OSIPTEL y confirmada en parte por la Resolución N° 139-2019-GG/OSIPTEL, cuentan con sustento lógico y jurídico, sin resultar desproporcionadas.

5.6. Respecto de la presunta vulneración al Principio del Debido Procedimiento.-

AMÉRICA MÓVIL indica que la multa impuesta habría sido determinada utilizando como sustento actas de supervisión que vulnerarían lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento General de Supervisión⁵ y el artículo 156 del TUO de la LPAG, así como criterios previamente establecidos por el propio regulador. Así, la empresa operadora indica lo siguiente:

N°	Acta	Observaciones de AMÉRICA MÓVIL
1	Acta de Supervisión N° 08, levantada el 26 de noviembre de 2014 en el departamento de La Libertad	En el acta no se habría dejado expresa constancia de la supuesta negativa a firmar por parte de la persona con quien se atendió la supervisión.
2	Acta de Supervisión N° 14, levantada el 26 de noviembre de 2014 en el departamento de Tumbes	El acta tendría como hora de inicio las 16:33 horas y como hora de culminación las 17:20 horas; sin embargo, conforme habría sido reconocido por el propio supervisor del OSIPTEL, la adquisición de la línea prepago se habría efectuado a las 14:40 horas, es decir, dos (2) horas antes del inicio de la referida acción de supervisión, situación que vulneraría las formalidades establecidas por el Reglamento de Supervisión.
3	Acta de Supervisión N° 21, levantada el 27 de noviembre de 2014 en el departamento de Amazonas	En el acta se consignaría una hora de inicio que no podría ser determinada con claridad, pues la misma habría sido transcrita sobre el texto pre-impreso del mismo documento.



Aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL



4	Acta de Supervisión N° 95, levantada el 10 de diciembre de 2014 en el departamento de La Libertad	A partir de lo observado en el acta, se estaría imputando el no haber recabado copia del documento de identidad del adquirente del servicio prepago; sin embargo, su representante habría dejado expresa constancia en el acta de supervisión, que almacenó de manera digital la copia del documento de identidad del supervisor del OSIPTEL, sin que éste haya efectuado algún tipo de precisión o replica dirigida a desvirtuar dicha afirmación, a pesar de que contaba con la posibilidad legal y real de haberlo hecho pues el acta aún no estaba cerrada ni firmada.
5	Acta de Supervisión N° 102, levantada el 17 de Diciembre de 2014 en el departamento de Tacna	El acta habría sido suscrita por una persona con quien no se habría entendido la supervisión, sin que el supervisor del OSIPTEL haya consignado en la parte correspondiente a sus comentarios las razones de ello.

Respecto del acta indicada en el numeral 1, cabe señalar que de la lectura del literal a) del artículo 19 del Reglamento General de Supervisión, no es un requisito obligatorio la identificación del funcionario o empleado de la empresa operadora con quien se entiende la acción de supervisión; toda vez que el mismo artículo lo ha contemplado como una posibilidad. No obstante, el Reglamento requiere que se deje constancia de la negativa a firmar el acta de supervisión.

Ahora bien, contrario a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, en el acta de supervisión, el supervisor sí consignó la negativa del representante de la empresa operadora a firmar el acta de supervisión; por lo que no se ha configurado ninguna causal de nulidad del acta.

Respecto del acta indicada en el numeral 2, resulta necesario señalar que el Reglamento General de Supervisión del Cumplimiento de la Normativa Aplicable a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 034-97-CD/OSIPTEL, vigente al momento en que se cometieron los hechos⁶, dispone que los funcionarios del OSIPTEL pueden efectuar acciones de supervisión comportándose como usuarios encubiertos.

A partir de dicha facultad, resulta lógico que exista un desfase entre la interacción inicial entre el representante de la empresa operadora y el supervisor del OSIPTEL y, la elaboración misma del acta de supervisión, la cual resulta posterior a la identificación del funcionario como representante de este organismo regulador.

Siendo así, en el caso particular, el que la contratación de una línea móvil prepago se haya efectuado antes de la elaboración del acta de supervisión no supone vicio alguno que invalide el mencionado documento, más aun cuando el acta cumple con todos los requisitos de validez señalados en el Reglamento General de Supervisión.

Respecto del acta indicada en el numeral 3, es preciso señalar que el que una copia simple no permita observar con claridad un dato del acta de supervisión, no supone la nulidad de dicho documento más aun cuando el original genera certeza indubitable de la fecha y hora en que se llevó a cabo la mencionada diligencia.

Vale indicar que las actuaciones de la administración y de los administrados deben enmarcarse en el Principio de Buena Fe Procedimental, por lo cual frente a algún inconveniente con la claridad de alguna acta, la empresa operadora siempre tuvo la posibilidad de tener acceso inmediato a lo actuado en el Expediente de Supervisión N° 415-2014-GG-GFS.



⁶ Vigente hasta el 16.11.2015

Respecto del acta indicada en el numeral 4, se tiene que segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso no establece que la copia del documento legal de identificación deba efectuarse necesariamente sobre papel, sino que incluye la posibilidad de que ello pueda efectuarse a través de cualquier otro soporte que permita su almacenamiento y conservación por parte de la empresa operadora.

Pese a ello, frente a lo consignado por parte del supervisor del OSIPTEL en el acta de supervisión materia de análisis, esto es, que la empresa operadora no solicitó la copia del documento legal de identificación, AMÉRICA MÓVIL no presentó – ni durante dicha diligencia ni durante el trámite del presente PAS – medio probatorio alguno que acreditara un comportamiento distinto que – contraviniendo lo afirmado por el supervisor – probara que su actuar se ajustaba a lo establecido por la normativa vigente.

Vale agregar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 del Reglamento General de Supervisión, un acta de supervisión constituye un documento público que refleja – de manera objetiva- de lo identificado por un funcionario durante una acción de supervisión. Siendo así, contravenir su contenido supone un grado de probanza no observado en el caso particular.

Respecto del acta indicada en el numeral 5, es importante reiterar lo ya señalado en la Resolución N° 310-2017-GG/OSIPTEL, esto es que la carta N° 382-GFS/2016, notificada a AMÉRICA MÓVIL el 23 de febrero de 2016, comunicó la refoliación correspondiente a las actas N° 100 y 102, considerando la confusión incurrida al momento de la ordenación y foliación de las actuaciones realizadas.

Por todo lo expuesto, los argumentos presentados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo quedan desvirtuados y, ninguna de las actas mencionadas por AMÉRICA MÓVIL resulta nulas.

Finalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones, en lo referente a la determinación de responsabilidad, expuestos en el Informe N° 189-GAL/2019 del 26 de agosto de 2019, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal, el cual –conforme al numeral 6.2 del artículo 6 del TUO de la LPAG- constituye parte integrante de la presente Resolución y, por tanto, de su motivación.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 714 .

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., contra la Resolución N° 139-2019-GG/OSIPTEL, y en consecuencia CONFIRMAR la MULTA de DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS CON 80/100 (236.8) UIT, al haber incurrido en la infracción muy grave tipificada en el artículo 4 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, en tanto incumplió con lo estipulado en el segundo párrafo del artículo 11 de la referida norma.

Artículo 2°.- Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.



Artículo 3.- Encargar a la Gerencia General disponer de las acciones necesarias para:

- 3.1. La notificación de la presente Resolución y el Informe N° 189-GAL/2019 a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.;
- 3.2. La publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano";
- 3.3. La publicación de la presente Resolución, el Informe N° 189-GAL/2019 y las Resoluciones de Gerencia General N° 139-2019-GG/OSIPTEL y N° 310-2017-GG/OSIPTEL, en el portal web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe; y,
- 3.4. Poner en conocimiento de la presente Resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL, para los fines respectivos.

Regístrese y comuníquese.



RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

